

Jahrbuch für Recht und Ethik, 3 (1995) 213-234

Menschenrecht, Staat und materiale Gerechtigkeit

Georg Geismann

Für alle Rede von Menschenrecht, Staat und öffentlicher Gerechtigkeit ist es entscheidend, welcher Begriff von Recht überhaupt ihr zugrunde liegt. Nun sage ich erstens: Wenn immer es sich um einen *materialiter* bestimmten, d. h. *an möglichen menschlichen Zwecksetzungen orientierten Rechtsbegriff* handelt, ist bereits die Bestimmung des Menschenrechts unmöglich. Ich sage zweitens: Auf der Basis eines materialiter bestimmten Rechtsbegriffs ist die Bestimmung der juridischen Grenzen der Wirksamkeit des Staates unmöglich. Und ich sage drittens: Die Idee einer materialen, also auf menschenmögliche Zwecke bezogenen Gerechtigkeit gehört, wenn man sie - moralisch - auf die innere Freiheit bezieht, nicht zur Idee des Rechts in sensu strictu, und ihre Verwirklichung ist für Menschen unmöglich. Bezieht man sie hingegen - bloß-juridisch<sup>1</sup> - auf die äußere Freiheit, dann enthält sie einen unaufhebbaren Widerspruch, und der Versuch ihrer (unmöglichen) Verwirklichung führt lediglich dazu, daß auch die für Menschen durchaus mögliche Verwirklichung formaler Gerechtigkeit vereitelt wird.

Ich werde zuerst diese drei, eng miteinander zusammenhängenden Thesen näher entwickeln und begründen und dann anhand aktueller Veröffentlichungen der juristischen Staatsrechtslehrer Karl Albrecht Schachtschneider und Paul Kirchhof zeigen, wie leicht man zumindest in der Idee durch materiales Rechtsdenken vom Rechtsweg, dem Königsweg der Menschheit hier auf Erden, abkommt.

Jeder kennt die klassische Formulierung des *rein formaliter* bestimmten, also von *aller* menschenmöglichen Zwecksetzung absehenden Rechtsbegriffs: "Das Recht ist...der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür

---

<sup>1</sup> Das Juridische ist natürlich auch Teil des Moralischen, soweit es nämlich um die *verbindliche* Bestimmung der äußeren Freiheit - und nur dieser - geht. Dem Begriff des Bloß-Juridischen liegt die moralphilosophische Einsicht zugrunde, daß das Urteil über Recht und Unrecht einer Handlung von der dahinter stehenden Gesinnung, also von der Moralität des Handelnden gänzlich unabhängig ist.

des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann."<sup>2</sup> Zum Zweck der Entwicklung und Begründung meiner Thesen seien die diesem Rechtsbegriff zugrundeliegenden Überlegungen kurz skizziert.

Robinson sieht Spuren im Sand und erleicht; nicht, weil es die Spuren eines physisch besonders gefährlichen Tieres, sondern weil es die Spuren Freitags, also eines anderen praktischen Vernunftwesens sind. Auch als er noch ganz allein auf seiner Insel war, stellte sich ihm das moralische Problem, den Gebrauch seiner äußeren Freiheit *sich selbst gegenüber* zu rechtfertigen. Jetzt aber haben er und ebenso Freitag darüber hinaus und unausweichlich ein Rechtsproblem: sie müssen nunmehr ihr äußeres Handeln auch *einem anderen Menschen gegenüber* rechtfertigen. Sie können von jetzt ab *Unrecht* tun, und es kann ihnen solches geschehen.

Es ist die Fähigkeit des Menschen als eines praktischen Vernunftwesens, auf Grund eigenen Willens und also auf Grund von vorgestellten Zwecken, welchen von Natur möglichen auch immer, sein Tun und Lassen zu bestimmen, - kurz: es ist *die äußere Freiheit des Menschen - und nur sie* -, durch die der Mensch in der unvermeidlichen raum-zeitlichen Gemeinschaft mit allen Anderen jederzeit mit jedem beliebigen Anderen in jeder beliebigen Weise in einen Handlungskonflikt geraten kann, durch den die Realisierung der jeweils gesetzten Zwecke zum Teil oder auch ganz in Frage gestellt ist. Menschen befinden sich zueinander also im wechselseitigen Verhältnis möglicher *äußerer* Einschränkung des Gebrauchs ihrer *äußeren* Freiheit. Damit stellt sich die Frage nach der Befugnis zu einem bestimmten Gebrauch der eigenen freien Willkür und zu einer bestimmten Einschränkung der freien Willkür Anderer; und das ist nichts anderes als die Frage nach dem, was *Recht* ist.

Der Begriff des Rechts betrifft nun, der Problemlage entsprechend, ausschließlich das Verhältnis von zwei (und mehr) *äußeren* Willküren *als freien* zueinander.<sup>3</sup>

Denn erstens sind der Bestimmungsgrund des jeweils dahinter stehenden *Willens* und insbesondere dessen daraus sich ergebende sittliche Qualität ohne jeden Belang, da sie zu dem das Rechtsproblem konstituierenden *Handlungskonflikt* in keinerlei notwendigen Beziehung stehen. Damit kann auch die schwierige *moralische Problematik* bezüglich der *Freiheit des Willens* für die *Bestimmung* des Rechts ganz unberücksichtigt bleiben.

Zweitens sind auch mögliche *Bedürfnisse* (Interessen) für die Rechtsbestimmung irrelevant, da auch sie als solche die Sphären äußerer Freiheit überhaupt nicht tangieren. Damit kann und muß auch die *ethische Problematik* bezüglich der je eigenen *Zwecksetzung* bei der Bestimmung des Rechts außer Betracht bleiben. Aus den

---

<sup>2</sup> Kant, MdS RL, AA VI 230. Kant wird zitiert nach der Akademie-Ausgabe (AA). Die Abkürzungen beziehen sich auf bestimmte Schriften Kants und bedeuten: MdS: Metaphysik der Sitten; RL: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre; TL: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre; Gemeinspruch: Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis; EF: Zum ewigen Frieden; Religion: Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft.

<sup>3</sup> Zum Folgenden vgl. Kant, MdS RL § B, Abs. 2; AA VI 230.

Bedürfnissen von Freitag folgen für diesen keine Rechte und für Robinson auch keine *Rechtspflichten*.<sup>4</sup>

Drittens schließlich ist auch die Materie der äußeren Willküren selber für die Frage nach dem Recht ohne jede Bedeutung, da auch die mit den Handlungen jeweils intendierten *Zwecke* für das Auftreten eines Handlungskonflikts keinerlei Ursächlichkeit haben. Keine menschenmögliche Zwecksetzung ist somit durch den Rechtsbegriff prinzipiell ausgeschlossen, und keine ist prinzipiell impliziert.<sup>5</sup> Damit ist zugleich die traditionelle *Abhängigkeit des Rechts von der Ethik* endgültig und vollständig aufgehoben; beide hängen nurmehr über ihr gemeinsames Prinzip, das allgemeine Sittengesetz, miteinander zusammen.

Jeder Versuch einer rechtlichen Bestimmung der äußeren Freiheit *der Materie nach* setzt die Beantwortung der Frage voraus, wie man denn mit juridischer - und nicht etwa bloß ethischer - Verbindlichkeit von einem allgemeinen Zweck der Menschen soll sprechen können. Ein ursprüngliches Recht der Herrschaft von Menschen über Menschen kann es nicht geben. Die äußere Einschränkung der äußeren Freiheit von jedermann läßt sich nur als notwendig je selbstgewollte begreifen; und das ist ausschließlich diejenige Einschränkung, welche eine notwendige Bedingung der Möglichkeit des Gebrauchs der äußeren Freiheit überhaupt darstellt. Also folgt aus der möglichen Zwecksetzung, welcher auch immer, für einen selbst kein Rechtsanspruch und für einen Anderen keine Rechtspflicht.

Peter Koller hält für die Rechtfertigung von Menschenrechten einen angeblichen "Universalisierungsgrundsatz" für tauglich, der - "in Anlehnung an Habermas" - "den Kantschen Kategorischen Imperativ mit einem Schuß Konsequentialismus verbindet". Er lautet: "Eine Handlungsweise ist recht, wenn sie Regeln und Grundsätzen folgt, die von allen Betroffenen angenommen oder alternativen Regelungen vorgezogen werden sollten, weil die Ergebnisse ihrer allgemeinen Anerkennung und Befolgung aus einer unparteiischen Perspektive letztlich für jede Person günstiger sind als die Ergebnisse aller anderen Regelungsmöglichkeiten."<sup>6</sup> Da sich dieser "Grundsatz" durch die von Koller anschließend gegebene "Erläuterung" bereits von selbst erledigt, mag hier eine kurze Bemerkung genügen: Kollers Rede von "günstigeren Ergebnissen" stellt auf Interessen, also auf die *Materie der Willkür* ab. Nun taugt die genannte Maxime schon

---

<sup>4</sup> Was dies für den staatlichen Zustand bedeutet, hat Ebbinghaus eingehend erläutert. Siehe Julius Ebbinghaus, *Sozialismus der Wohlfahrt und Sozialismus des Rechts*, in: Ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1: *Sittlichkeit und Recht*, Bonn 1986, 231 - 264.

<sup>5</sup> Man wird hier vielleicht einwerfen, Diebstahl oder Mord seien doch wohl von vornherein als Zwecksetzungen ausgeschlossen. Nun, sie sind gar keine Zwecksetzungen, und ihnen korrespondieren auch keine spezifischen Handlungen. Einem Anderen einen physischen Besitz wegnehmen oder ihn töten, kann man sich zum Zweck setzen, und man kann es tun. Ob es sich dabei jedoch um Diebstahl bzw. Mord oder aber um Rücknahme von Eigentum bzw. um Notwehr handelt, ergibt sich nicht schon aus der Zwecksetzung und auch nicht aus der Handlung, sondern allererst aus deren rechtlicher Beurteilung.

<sup>6</sup> Siehe in dem Beitrag von Koller in diesem Band des Jahrbuchs für Recht und Ethik, S. 49 ff.

deswegen nicht zum allgemeinen Prinzip, weil auch darüber, was Koller "wesentliche" oder "grundlegende" Interessen nennt, kaum Übereinstimmung zu erzielen ist und mit dem "wohlverstandenen" Interesse in der Regel jeder, auch der angeblich unparteiische Betrachter, das meint, was er jeweils selber darunter versteht. Mag es aber auch immer so etwas wie allen gemeinsame Interessen geben, so folgt doch daraus keineswegs notwendig auch das Interesse, im Gebrauch der eigenen äußeren Freiheit auf die Bedingungen möglicher Optimierung der allgemeinen Befriedigung solcher Interessen äußerlich eingeschränkt zu sein. Eine an Interessen orientierte Einschränkung der äußeren Freiheit kann somit nicht *notwendig* als freigewollte und also auch nicht als Recht gedacht werden. Kollers Maxime ist nicht universalisierbar und hat vielleicht viel mit Habermas und Konsequentialismus, jedenfalls aber nichts mit Kant und dessem kategorischen Imperativ des Rechts zu tun.

Es gibt nur ein einziges Interesse, von dem man sagen kann, daß - der Idee nach - alle Menschen als praktische Vernunftwesen es notwendig gemeinsam haben, nämlich das Interesse, zusammen mit allen anderen Menschen in gesetzlich bestimmter Weise ein je eigenes Interesse (welches gesetzlich mögliche auch immer) verfolgen zu können, ohne daran durch irgendjemand gehindert zu werden. Das Recht (als das Prinzip der gesetzlichen Bestimmung der äußeren Freiheit bloß als solcher) geht als schlechthin notwendige Bedingung aller möglichen Vereinigung der Menschen in Bezug auf die Verfolgung von Interessen, die sie haben mögen oder auch haben sollen, voran.

Angesichts eines weitverbreiteten Mißverständnisses in Bezug auf den sogenannten "formalen" Charakter der hier vertretenen Moralphilosophie und die daraus angeblich resultierenden "Leerformeln" ist ein kurzer Exkurs vielleicht nicht ganz überflüssig.

Der *Begriff der Form* (mit seinem Derivat "formal") kommt in der Praktischen Philosophie als einer Pflichten-(und Rechten-) Lehre in dreierlei Hinsicht ins Spiel:<sup>7</sup>

Erstens - trivialerweise - in *logischer* Hinsicht, insofern vor aller Rede von *bestimmten* Pflichten (oder Rechten) gesagt werden muß, was denn überhaupt *Pflicht* (oder Recht) *der bloßen Form nach* ist.

Zweitens (generell) in *moralphilosophischer* Hinsicht, insofern für die Bestimmung des (allgemeinen) *Sittengesetzes* und damit dessen, was moralisch Pflicht der bloßen Form nach ist, von aller *Materie des Willens*, also von möglichen *Zwecken*, abstrahiert und nur auf die *Form des Willens*, nämlich dessen Tauglichkeit als allgemeiner

---

<sup>7</sup> Siehe zum Folgenden auch: Georg Geismann, *Ethik und Herrschaftsordnung. Ein Beitrag zum Problem der Legitimation*, Tübingen 1974, 39; 93 ff.; Ders., *Versuch über Kants rechtliches Verbot der Lüge*, in: Hariolf Oberer / Gerhard Seel (eds.), *Kant. Analysen - Probleme - Kritik*, Würzburg 1988, 294 f.; Julius Ebbinghaus, *Deutung und Mißdeutung des kategorischen Imperativs*, in: Ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. 1: *Sittlichkeit und Recht*, Bonn 1986, 279 ff.

Gesetzgeber, geachtet wird.<sup>8</sup> Das Sittengesetz und der daraus für den Menschen folgende kategorische Imperativ, beide angeblich rein formal und leer, haben also durchaus einen eindeutig bestimmten Inhalt, nämlich den Begriff der Moralität bzw. der Pflicht ihrer bloßen Form nach.

Drittens - wie im vorliegenden Fall - (speziell) in *rechtsphilosophischer* Hinsicht, insofern bei der Bestimmung des *Rechtsgesetzes* nur die *bloße Form der äußeren Freiheit*, nämlich deren allgemeingesetzliche Vereinbarkeit mit der äußeren Freiheit von jedermann, in Betracht kommt, ganz und gar aber nicht auch deren Materie, also die mit dem Handeln verfolgten Zwecke.<sup>9</sup> Auch hier hat das (juridische) Sittengesetz einen eindeutig bestimmten Inhalt, nämlich den Begriff des Rechts seiner bloßen Form nach.

Wenn nun die Materie des Wollens bei der Bestimmung des Rechtsbegriffs gänzlich unberücksichtigt bleibt, dann liegt es auf der Hand, daß es auch *nur ein einziges "angeborenes"*, dem Menschen kraft seines Menschseins zustehendes, unbedingtes *Recht* geben kann, nämlich das Recht, von der nötigen Willkür Anderer auf freiheitsgesetzliche Weise unabhängig zu sein;<sup>10</sup> und das heißt: das Recht zu *jedem* beliebigen Tun und Lassen, selbst wenn es Anderen schadet, *unter der Bedingung*, daß man dadurch nur nicht die freiheitsgesetzlich bestimmte Freiheit Anderer verletzt.<sup>11</sup> *Alles* Handeln, welches auch immer und zu welchem Zweck auch immer, steht hinsichtlich seines *Rechts* unter dieser sowohl notwendigen als auch hinreichenden Bedingung.

Was sonst noch unter Menschenrecht verstanden wird, ist entweder - wie etwa die Gleichheit - in dem genannten Recht der Menschheit impliziert oder es ist erworbenes Recht oder es ist überhaupt kein Recht, wie etwa das berühmte "Recht" auf "pursuit of happiness" der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung oder das angebliche "Menschenrecht" auf Leben<sup>12</sup>, mit dem man, nimmt man es in dieser Unbedingtheit universal-reziprok, in einen unauflösbaren Widerspruch gerät, in

---

<sup>8</sup> Die moralische Bestimmung der *Materie* des Willens, also inhaltlich unterschiedener Pflichten, ist Aufgabe besonderer Teile der Moralphilosophie, nämlich der Rechtslehre und der Tugendlehre (Ethik).

<sup>9</sup> Vgl. Kant, *Gemeinspruch*, AA VIII 289; *MdS TL*, AA VI 381.

<sup>10</sup> Jedes weitere Menschenrecht müßte sich auf irgendeine Zweckbestimmung der menschlichen Willkür, also auf deren Materie, beziehen. Wer also in Bezug auf Menschenrecht einen Plural verwendet, kann kaum noch der Falle entgehen, die etwa dem "Westen" mit einer anderen "Ansicht" in Bezug auf "die Menschenrechte" seit einiger Zeit von China gestellt wird.

<sup>11</sup> "Es wird jedermanns freier Willkür überlassen, welchen Zweck er sich für seine Handlung setzen wolle. Die Maxime derselben aber ist a priori bestimmt: daß nämlich die Freiheit des Handelnden mit jeder anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen könne." Kant, *MdS TL*, VI 382.

<sup>12</sup> Vgl. UNO-Charta Art. 3.

welchem der potentielle Mörder mit seinem potentiellen Opfer gleichberechtigt gleichsam eins werden. Und wenn man sich die Bestimmung aus der "Deklaration der Menschen- und Bürgerrechte" von 1789 ansieht, derzufolge der Mensch das Recht hat, "alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet", so erkennt man leicht, daß man dann einerseits einen Anderen zu dessen *Nutzen* offenbar auch zwingen darf, andererseits aber überhaupt nichts tun darf, weil man streng genommen durch jedes Tun<sup>13</sup>, ja, bereits durch seine pure Existenz mit der Einnahme von Raum Anderen schadet.<sup>14</sup>

Jedes angebliche Recht auf die Verfolgung eines bestimmten Zwecks, welchen auch immer, enthält als allgemeines unvermeidlich einen inneren Widerspruch, weil nämlich das mit einem solchen Recht rechtslogisch notwendig verbundene Recht auf den *entsprechenden* Gebrauch der äußeren Freiheit der Vernichtung des gleichen Rechts aller Anderen gleichkommt, da mangels allgemeingesetzlicher Bestimmbarkeit der *Entsprechung* der jeweilige - angeblich rechtliche - Freiheitsgebrauch dem völlig unbestimmten Belieben des Einzelnen überlassen bleibt.<sup>15</sup>

Wenn nun auf der Grundlage eines materialen Rechtsbegriffs die Bestimmung des Menschenrechts unmöglich ist, dann ist es damit selbstverständlich zugleich ebenfalls unmöglich, die rechtlichen Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. Erste und alles Weitere bestimmende Funktion des Staates ist die Sicherung des Menschenrechts. Dessen Mangel an allgemeingesetzlicher Bestimmbarkeit (bei Zugrundelegung eines materialen Rechtsbegriffs) macht es nun unvermeidlich, daß die Bestimmung dessen, was da gesichert werden soll, gänzlich in das zufällige Belieben des Staates gestellt ist und dieser damit ebenso unvermeidlich zur gesetzlosen (Willkür-) Herrschaft, also zur Tyrannis wird.

Meine eingangs aufgestellte dritte Behauptung bezieht sich auf das, was man "materiale Gerechtigkeit" nennen könnte. Damit ist im Unterschied zur "formalen Gerechtigkeit"<sup>16</sup> nicht bloß eine durchgängig und vollständig gleiche Distribution an äußerer Freiheitssphäre gemeint, sondern eine Zuteilung mit Bezug auf das mit dem Gebrauch der Freiheit jeweils Bezweckte.

In moralischer Hinsicht wäre materiale Gerechtigkeit die Zuteilung desjenigen Maßes an Glückseligkeit (im Sinne der Befriedigung aller Neigungen hinsichtlich ihrer

---

<sup>13</sup> indem man z. B. an der Spitze einer Warteschlange die letzte Opernkarte erwirbt.

<sup>14</sup> "laesus per statum"; Kant, Handschriftlicher Nachlaß, AA XIX 477.

<sup>15</sup> Näheres hierzu bei: Georg Geismann, Fichtes "Aufhebung" des Rechtsstaates; in: Fichte-Studien, 3 (1991), 107 ff.

<sup>16</sup> Die hier gemachte Unterscheidung hat mit der bei Kant (MdS RL § 42 Anm., AA VI 307 f.) zu findenden nichts Wesentliches gemeinsam.

Vielfalt, Intensität und Dauer)<sup>17</sup>, welches der verwirklichten inneren Freiheit, also dem Maß an Moralität entspräche. Eine solche Zuteilung könnte nur durch ein allwissendes, allmächtiges und allgütiges Wesen, also durch Gott erfolgen.

In bloß-juridischer Hinsicht wäre *materiale* Gerechtigkeit die Zuteilung der für den zum Recht erklärten Zweck erforderlichen Mittel; also nicht Austeilung und Sicherung gleicher äußerer Freiheit, sondern gleichen Glücks oder gleicher Güter. Nun würde der Versuch einer solchen Zuteilung mangels deren allgemeingesetzlicher Bestimmbarkeit nicht nur, wie gezeigt, selber notwendig scheitern. Vielmehr würde er mit der ihn charakterisierenden Gesetzlosigkeit von Freiheitseinschränkungen auch die an sich durchaus mögliche Realisierung *formaler* Gerechtigkeit, also freiheitsgesetzlich bestimmte Freiheit unmöglich machen.<sup>18</sup> Eben deshalb sind die Bürger in einem Staat schlechterdings berechtigt, miteinander im "ethischen Naturzustand", in welchem jeder sein eigener (Tugend-)Richter ist, zu bleiben; und wehe "dem Gesetzgeber, der eine auf ethische Zwecke gerichtete Verfassung durch Zwang bewirken wollte! Denn er würde dadurch nicht allein gerade das Gegenteil der ethischen bewirken, sondern auch seine politische untergraben und unsicher machen."<sup>19</sup>

Im Folgenden möchte ich im Lichte der vorangegangenen Überlegungen zu zwei Autoren Stellung nehmen, welche sich beide durch materiales Rechtsdenken hervortun. In beiden Fällen geht es allerdings nicht um die Problematik des Wohlfahrtsstaates, sondern zum einen um die Problematik der Verwendung eines *ethischen* Prinzips für die *rechtliche* Einschränkung der äußeren Freiheit und zum anderen um die Problematik des *Nationalstaates*.

Für das hier kritisierte materiale Rechtsdenken ist der Jurist Karl Albrecht Schachtschneider ein Paradebeispiel. Zwar reklamiert er für sich unentwegt den Namen Kants, wobei er allerdings fast immer denkbar ungeeignete Fundstellen anführt. Tatsächlich aber stellt seine Position ein ziemlich krauses und unverdauliches Gemisch von unverstandenen Lesefrüchten aus dem Geiste Fichtes, Hegels und der politischen Romantik dar: er will - absolut anti-kantisch - den *sittlichen Nationalstaat*.

Der rechtsphilosophische Sündenfall Schachtschneiders, mit welchem dieser die kantische Erbschaft in Angelegenheiten des Rechts mit einem Schlage verspielt, besteht darin, daß er die von Kant so sorgfältig und prinzipiell voneinander geschiedenen Sphären des *Rechts* und der *Ethik* wieder miteinander verknüpft, das

---

<sup>17</sup> Siehe Kant, KrV B 834, AA III 523.

<sup>18</sup> Gemäß dem angeblich demokratischen, tatsächlich in der tyrannischen Tradition von Dostojewskis Großinquisitor stehenden Selbstverständnis des früheren sowjetischen Außenministers Gromyko würde jener Versuch nach der Devise erfolgen: "We are looking for the well-being of our people, whether they like it or not". Siehe Richard McKeon (ed.), *Democracy in a World of Tensions*, A Symposium prepared by Unesco, Paris 1951, 489.

<sup>19</sup> Kant, Religion, AA VI 95 f.

Recht in den Dienst der Sittlichkeit stellt und dabei in Bezug auf die Begriffe "Freiheit", "Autonomie", "Sittengesetz", "kategorischer Imperativ" und viele andere durcheinander wirft, was überhaupt durcheinander zu werfen ist.<sup>20</sup> Von Kant ist da oft nur noch der Name wiederzuerkennen. Ich greife aus einer Fülle von Fundstellen einige typische Fälle heraus:

"Freiheit ist *immer* sittliche Autonomie."<sup>21</sup> "Die Freiheit ist...die Idee des Vermögens des Menschen zum Guten"<sup>22</sup> "Freiheit ist das äußere Recht zur Willkür *und* die Pflicht zur Sittlichkeit."<sup>23</sup> "Die äußere Freiheit besteht um der inneren willen."<sup>24</sup> "Zweck des Rechts zur Willkür ist es, dem Menschen zu ermöglichen, seine Pflicht zur Autonomie zu erfüllen."<sup>25</sup> "Freiheitliche Rechtlichkeit und Sittlichkeit sind reziprok."<sup>26</sup> "...das Prinzip der Nächstenliebe"<sup>27</sup> "...ist der letzte Grund des Rechts..."<sup>28</sup>

Schachtschneider erkennt ganz richtig, daß das Recht seinen moralischen *Geltungsgrund* im (allgemeinen) Sittengesetz hat, welches er dann allerdings irrtümlich mit dem "christlichen Liebesprinzip" gleichsetzt.<sup>29</sup> Aber er begreift nicht, daß *dieses* Sittengesetz<sup>30</sup> ein *Gesetz für den Willen* in Bezug auf den Gebrauch *der Freiheit überhaupt*, also sowohl der *inneren* als auch der *äußeren* Freiheit, also sowohl in Bezug auf *Zwecksetzung* als auch auf *Handeln*, ist und daß es erst das *Rechtsgesetz* ist, welches als *besonderes* Sittengesetz die Regel für den Gebrauch speziell der äußeren

---

<sup>20</sup> Ein für Schachtschneider besonders wichtiger Gewährsmann ist Werner Maihofer, der nun aber mit seinen verschiedenen einschlägigen Publikationen hier als ein weiteres Paradebeispiel hätte vorgeführt werden können.

<sup>21</sup> Karl Albrecht Schachtschneider, *Republikanische Aspekte*, Hamburg 1988, 14 (meine Hervorhebung)

<sup>22</sup> Schachtschneider, *Ibid.*, 5 (meine Hervorhebung)

<sup>23</sup> Schachtschneider, Leserbrief in: *Süddeutsche Zeitung*, Nr. 44 vom 23. 2. 1994, Seite VIII (meine Hervorhebung).

<sup>24</sup> Schachtschneider (Fn. 21) , 27; s.a. 38.

<sup>25</sup> Karl Albrecht Schachtschneider, *Staatsunternehmen und Privatrecht*, Berlin - New York 1986, 119.

<sup>26</sup> Schachtschneider (Fn. 21), 15

<sup>27</sup> Der (für einen neuen Artikel 2a GG geplante) Appell an "Mitmenschlichkeit und Gemeinsinn" gehört gewiß nicht in die Verfassung; aber nicht etwa, wie Schachtschneider meint (Leserbrief), weil der Sachverhalt im zur Zeit geltenden Art. 2 Abs. 1 GG mit dem "Sittengesetz" als dritter Freiheitsschranke bereits geregelt ist, sondern weil auch und gerade eben dieses "Sittengesetz" nicht in die Verfassung gehört. Siehe dazu weiter unten.

<sup>28</sup> Schachtschneider (Fn. 23).

<sup>29</sup> Schachtschneider (Fn. 23).

<sup>30</sup> Das Sittengesetz der "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten" und der "Kritik der praktischen Vernunft", auf die sich Schachtschneider irrtümlich meistens beruft.



Freiheit - und nur dieser! - verbindlich bestimmt.<sup>31</sup> Was Recht ist, wird *ausschließlich* durch das Rechtsgesetz und mitnichten durch das allgemeine Sittengesetz bestimmt; und entsprechend genügt für das Rechthandeln die Befolgung des Rechtsgesetzes, d. h. *juridische Legalität*. Weder ist dafür auch *ethische Legalität*, d. h. die Befolgung von Tugendgesetzen, also das Verfolgen moralischer Zwecke (ob nun aus Pflicht oder aus Neigung) erforderlich, noch gar *Moralität*, also das Rechthandeln aus Achtung vor dem Rechtsgesetz, also *aus Pflicht*.

Schachtschneider kritisiert einen anderen Autor, weil dieser in Bezug auf die rechtliche Freiheit von "zweckloser Freiheit" spreche und damit "Kants Freiheitsprinzip...um die Moral, um den kategorischen Imperativ, verkürz[e]"<sup>32</sup>. Nun, erstens bestimmt das Recht, wie dargelegt, wirklich nur den Gebrauch der äußeren Freiheit als solcher, und dafür sind die jeweils intendierten Zwecke ohne jede Bedeutung. Man könnte somit rechtliche Freiheit auch als zweckbeliebige (gesetzliche) Freiheit bezeichnen. Zweitens muß durchaus nicht die genannte "Verkürzung" vorliegen, wenn nur begriffen ist, daß zum einen der hier verpflichtende kategorische Imperativ der besondere des Rechtsgesetzes ist und daß es aber zum anderen für die Rechtlichkeit des Handelns ganz ohne Belang ist, ob die Rechtspflicht auch Bestimmungsgrund des Handelns ist oder nicht, solange sie nur erfüllt wird.

Man muß nicht mehr über die rechtsphilosophische Ausgangsposition von Schachtschneider wissen, um zu begreifen, warum bei ihm aus dem *beliebigen* freien Gebrauch der äußeren Willkür die freie *Entfaltung der Persönlichkeit* wird und warum bei ihm diese Freiheit in ihrem Recht nicht bestimmt ist durch ihre freiheitsgesetzliche Übereinstimmung mit der äußeren Freiheit aller Anderen, also durch das Rechtsgesetz, sondern durch "das Sittengesetz": "Jedermann hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er... nicht gegen...das Sittengesetz verstößt."<sup>33</sup> So sagt es Artikel 2 der deutschen Verfassung,<sup>34</sup> und so sagt es Schachtschneider.

---

<sup>31</sup> Alles die *innere Freiheit* Betreffende ist, wie bereits erörtert wurde, für die Bestimmung des Rechts *irrelevant* und unterliegt seinerseits einer *eigenen* Gesetzgebung (für Zwecke). Als solches gehört es in die *Tugendlehre* (Ethik) als den anderen besonderen Teil der Moralphilosophie.

<sup>32</sup> Schachtschneider (Fn. 25), 120.

<sup>33</sup> Auf die Tautologie der ersten Freiheitsschranke ("die Rechte anderer") und den Rechtspositivismus der zweiten Freiheitsschranke ("die verfassungsmäßige Grundordnung") eines angeblichen "Grundrechts" sei nur nebenbei hingewiesen. Siehe dazu Georg Geismann, *Ethik und Herrschaftsordnung* (Fn. 7), 67 ff.

<sup>34</sup> Übrigens ist das "Sittengesetz" des Grundgesetzes (Art. 2 Abs. 1 GG) bei Berücksichtigung der Meinung der "Verfassungsväter", der höchstrichterlichen Rechtsprechung und des einschlägigen Schrifttums gar nicht oder jedenfalls nicht spezifisch das Sittengesetz im Sinne Kants. Der von Schachtschneider ins Feld geführte, sog. "Kantianer" Carlo Schmid (SPD) hat sich während der Beratungen des Parlamentarischen Rates in diesem Zusammenhang überhaupt nur einmal, im Grundsatzausschuß, geäußert, nämlich mit einer *Warnung* in Bezug auf die Aufnahme des Begriffs "Naturrecht", wobei er sich ganz zu Unrecht auf Kant berief. Von

Der Staat steht für ihn ganz im Dienste der Sittlichkeit:<sup>35</sup> "Das Grundgesetz schützt nicht das Recht [?] des Menschen, dessen in ihm nach anthropologischer Erkenntnis ebenfalls angelegte ‚Bosheit‘ / Aggressivität zu verwirklichen. Dem widerspricht nicht nur die wertorientierte Wortwahl des Art. 2 Abs. 1 GG, sondern dem stehen die Grenzen dieses Freiheitsrechts entgegen, die dem staatlichen Gemeinwesen das (unverzichtbare) Recht geben, Wirkungen der ‚Bosheit‘ des Menschen zu unterbinden."<sup>36</sup> "Das Grundgesetz nimmt damit [mit dem "Sittengesetz" von Art. 2 Abs. 1] den Menschen ethisch in die Pflicht, begrenzt das Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit moralisch auf sittliches Verhalten."<sup>37</sup> "Die Würde des Menschen ist (nach Kant) dessen Autonomie; dieses wiederum ist (im kantischen Verständnis) dessen *Sittlichkeit*. Oberstes Wertprinzip des Grundgesetzes ist *somit* die (*rechtliche und faktische*) Autonomie des Menschen."<sup>38</sup> "Autonomie ist das ethische Prinzip der Freiheit und der Demokratie."<sup>39</sup> "Das ethische Grundgesetz des Volkes ist der kategorische Imperativ<sup>40</sup>, das Sittengesetz<sup>41</sup>, [...] dessen Beachtung das Recht als die Freiheit aller

---

irgendeiner "Zustimmung" seitens des Abgeordneten Hermann von Mangoldt (CDU) zu einem angeblichen Vorschlag Schmidts, den *kantischen* Begriff "Sittengesetz" ins Grundgesetz aufzunehmen, kann schon deshalb gar keine Rede sein. - Der Begriff "Sittengesetz", der bereits in die damals vorliegenden Verfassungen von Baden ("christliches Sittengesetz") und Rheinland-Pfalz ("natürliches Sittengesetz") aufgenommen war, kam in den Beratungen des Parlamentarischen Rates durch den sogenannten Allgemeinen Redaktionsausschuß ins Spiel, der aus den Abgeordneten v. Brentano (CDU), Dehler (FDP) und Zinn (SPD) bestand und seiner Bestimmung gemäß nur redaktionelle Arbeit hätte verrichten sollen. Zwar brachte die CDU/CSU-Fraktion dann auch das "natürliche Sittengesetz" in die Debatte; am Ende einigte man sich aber auf "Sittengesetz" tout court. - Was schließlich Rechtsprechung und Kommentierung betrifft, so ist speziell von Kant wenig die Rede, viel dagegen zum einen von den beiden christlichen Kirchen und zum anderen vom Volk, sei es in der unverblünten Form des "gesunden Volksempfindens" (so z. B. der BGH), sei es in der verschleiernenden Form des "sittlichen Bewußtseins unserer Rechtsgemeinschaft" (so z. B. Maunz[!]-Dürig).

<sup>35</sup> Schachtschneider zufolge ist der Staat für Engel nicht notwendig ("Reine Vernunftwesen bedürfen der Sicherung ihrer Freiheit als ihrer Sittlichkeit durch einen Staat nicht." Schachtschneider [Fn. 21], 5) und für Teufel nicht hinreichend ("Ohne die freiheitliche Moral, die innere Freiheit, ohne...Tugend, ist die allgemeine äußere Freiheit...nicht möglich." Schachtschneider [Fn. 21], 12); für Kant hingegen ist er auch für Engel notwendig und auch für Teufel hinreichend (siehe Kant, MdS RL § 44; AA VI 312 und EF 1. Zusatz; AA VIII 366).

<sup>36</sup> Schachtschneider (Fn. 25), 120.

<sup>37</sup> Schachtschneider (Fn. 25), 126. Ähnlich Paul Kirchhof, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Heidelberg 1987, 788, Nr. 30: "...Freiheit meint individuelle Selbstbestimmung in ethischer Verantwortlichkeit..."

<sup>38</sup> Schachtschneider (Fn. 25), 101 f. (meine Hervorhebungen)

<sup>39</sup> Schachtschneider (Fn. 25), 110 (meine Hervorhebung)

<sup>40</sup> Für Schachtschneider ist daher das Bonner Grundgesetz eine echt republikanische Verfassung: "Das Grundgesetz hat...mit dem ‚Sittengesetz‘ in Art. 2 Abs. 1 den kategorischen

und damit deren staatliche Einheit als Volk möglich macht.[...] Eine Republik kann ohne diese Sittlichkeit der Einheit des Volkes nicht gestiftet werden."<sup>42</sup> "Eine republikanische Regierung vertritt das ganze Volk nicht nur rechtlich, sondern auch moralisch/politisch... Republikanisch sind nur Gesetze, die...die Menschen daran hindern, daß die einen ihren Vorteil auf Kosten der andern suchen können."<sup>43</sup> Nur solche Gesetze verwirklichen die Freiheit als Sittlichkeit."<sup>44</sup> "Ein anderes Recht als das zur Autonomie hat der Bürger als Wähler wie als Nichtwähler...nicht. Die Pflicht zur Sittlichkeit, die Liebe zur Republik, ist seine Freiheit. In der richtigen Wahl, nicht schon in der Wahl ist der Bürger frei."<sup>45</sup>

Nach dem bisher Ausgeführten kann sich die Kritik an Schachtschneiders Position auf die folgende Bemerkung beschränken: Wäre mit "Sittengesetz" das Rechtsgesetz gemeint, so wäre die Erwähnung in Artikel 2 tautologisch. Ist damit aber, wie es wohl der Fall sein dürfte, das ganz andere Tugendgesetz oder das allgemeine Gesetz der Moralität gemeint, dann gehört es nicht in eine Staatsverfassung; und dies gilt auch für die kantische Version. Sich *über die bloße Einhaltung* des Rechtsgesetzes *hinaus* auch sittlich zu verhalten, ist nicht Rechtspflicht<sup>46</sup> und kann daher von Rechts wegen auch nicht verlangt werden.<sup>47</sup>

---

Imperativ zur republikanischen Grundpflicht moralischer Art erhoben." (Schachtschneider [Fn.21], 2; s.a. ebda., 4; 12; 13; 16; 27; 37)

<sup>41</sup> Hier zitiert Schachtschneider Kants "Kritik der praktischen Vernunft", § 7: "Handele so, daß die Maxime deines Willens etc..." mit weiteren Verweisen auf die "Grundlegung zur Metaphysik der Sitten". Vgl. dagegen Ebbinghaus, Über den Begriff der politischen Freiheit, in: Ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1: Sittlichkeit und Recht, Bonn 1986, 402; Ders., Das Kantische System des Menschen und Bürgers in seiner geschichtlichen und aktuellen Bedeutung, in: Ders., Gesammelte Schriften, Bd. 2: Philosophie der Freiheit, Bonn 1988, 265 f.

<sup>42</sup> Karl Albrecht Schachtschneider, Das Hamburger Oppositionsprinzip, in: Der Staat, 28 (1989), 196 f.

<sup>43</sup> Hier zitiert Schachtschneider auch die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789: "Die Freiheit besteht darin, alles tun zu können, was einem anderen nicht schadet." An anderer Stelle zitiert er Montesquieu: "Freiheit...daß man zu tun vermag, was man tun soll, und man nicht zu tun gezwungen wird, was man nicht wollen soll,...das Recht, all das zu machen, was die Gesetze gestatten". (Schachtschneider [Fn. 21], 14)

<sup>44</sup> Schachtschneider (Fn. 42), 195

<sup>45</sup> Schachtschneider (Fn. 21), 22.

<sup>46</sup> Das *Recht* sich zum Zweck zu setzen, ist eine *ethische* und eben keine juristische Pflicht.

<sup>47</sup> Die Verfassung eines Staates bestimmt als dessen *rechtliches* Grundgesetz die *Rechte* und *Pflichten* sowohl *des Staates* als auch der Menschen und Bürger *im Staat*. Das derart Bestimmte muß als Juridisches in sensu strictu prinzipiell justiziabel sein. Auch deswegen gehören rein moralische *Appelle* (wie etwa bezüglich Mitmenschlichkeit und Gemeinsinn oder Umweltschutz) nicht in den Text einer Verfassung, sondern - wenn überhaupt - in deren Präambel.

Schachtschneider erkennt sowohl, daß dem Staat eine von der Sittlichkeit seiner Bürger ganz unabhängige *Vernunft*notwendigkeit eignet,<sup>48</sup> als auch, daß das von ihm angenommene "Recht" auf (allgemeine) Sittlichkeit als allgemeines Recht auf den äußeren Freiheitsgebrauch sich selbst widerspricht. Er biegt das innerlich-moralische Unterworfensein des Menschen unter das "Sittengesetz" und den damit verbundenen, inneren Zwang um in ein äußerlich-rechtliches Unterworfensein unter das "Rechtsgesetz" und in einen damit verbundenen, äußeren Rechtszwang. Schachtschneider sieht nicht, daß "die Aufgabe der Verwirklichung des Rechtes auf Erden nicht in Abhängigkeit gedacht werden kann von der Aufgabe, das Reich der ethischen Freiheit zu realisieren",<sup>49</sup> und daß die Erfüllung der ersten, genuin staatlichen Aufgabe prinzipiell unmöglich gemacht wird, wenn der Staat (auch) an der Erfüllung der zweiten beteiligt wird, und daß wiederum ohne die Menschheit als *Rechtsgemeinschaft* und den Staat als Rechtssicherungsgemeinschaft auch und gerade jede *Zweckgemeinschaft* der Menschheit notwendig unmöglich ist;<sup>50</sup> denn wie sollen Menschen gemeinschaftlich einen bestimmten Zweck erstreben, wenn sie in ihrer äußeren Freiheit, deren sie dazu doch notwendig bedürfen, ohne Recht gegeneinander sind?

Für die angeblich durch den Staat zumindest zu befördernde Verwirklichung von Sittlichkeit ist laut Schachtschneider nun auch ein *Nationalstaat* erforderlich: "Voraussetzung einer Republik als Demokratie ist die hinreichende *Homogenität* der Menschen als Volk."<sup>51</sup> "Freiheit und Frieden, Staat und Gesetze erfordern *Homogenität*

---

<sup>48</sup> Dies hatte Kant im Sinn, als er davon sprach, daß das "Problem der Staatserrichtung ... selbst für ein Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben) auflösbar" sei (EF, AA VIII 366). Gewiß, mit einem Volk von "Engeln" wäre die Lösung leichter und ohne den Einsatz von Zwangsgewalt möglich. Auch war sich Kant über die Wechselwirkung von moralischer Qualität der Bürger und rechtlicher Qualität des Staates durchaus im klaren: "Die Staatsverfassung stützt sich am Ende auf die Moralität des Volkes und diese wiederum kann ohne gute Staatsverfassung nicht gehörig Wurzel fassen" (Vorarbeiten zum ewigen Frieden; AA XXIII 162). Für die Staatserrichtung aber wollte er sich nicht auf die "gute moralische Bildung eines Volkes" verlassen, die er vielmehr erst als Folge einer "gute[n] Staatsverfassung" erwartete (EF, AA VIII 366; vgl. Religion, AA VI 94).

<sup>49</sup> Julius Ebbinghaus, Der Begriff des Rechtes und die naturrechtliche Tradition, in: Ders., Gesammelte Schriften, Bd. 1: Sittlichkeit und Recht, Bonn 1986, 348.

<sup>50</sup> Übrigens begreift auch der vorkritische Kant noch das die Menschen zur Menschheit vereinigende Prinzip als das der Vollkommenheit ihrer Kultur und die Menschheit also wesentlich als Kulturgemeinschaft. Siehe Kant, Vorlesungen, AA XXVII 447 f.; dazu Georg Geismann, Versuch über Kants rechtliches Verbot der Lüge (Fn. 7), 305 ff.

<sup>51</sup> Schachtschneider (Fn. 42) , 196 (Alle Hervorhebungen in diesem Abschnitt von mir). Als Quelle für diese Behauptung nennt Schachtschneider einen Autor, der besser, und zwar nicht nur als einer der Star-Antisemiten des NS-Staates, vollkommen vergessen würde, weil er nämlich - wie sich in jüngster Zeit wieder deutlich zeigt - zur Verwirrung der Geister sehr viel, zur Erkenntnis über Recht, Moral und Politik hingegen wenig oder nichts beizutragen hat. In

und gebieten Moralität."<sup>52</sup> "Bedingung der Realisation des republikanischen Prinzips ist die *Homogenität* der im Staat als Volk vereinigten Menschen."<sup>53</sup> "Nationen sind *homogen*....Die *deutsche Homogenität* ist durch die einheitliche Sprache, die einheitliche Geschichte, die einheitliche Weltanschauung und andere Umstände mehr, zusammengefaßt durch die Kultureinheit im weiteren Sinne bestimmt."<sup>54</sup>

"Kulturpluralismus ist das Gegenprinzip zur *kulturellen Homogenität*. Er würde auch die *nationale Identität* aufheben und wäre das Ende der deutschen Republik. Das Deutsche ist Verfassungsprinzip der Bundesrepublik Deutschland."<sup>55</sup> "Die *religiöse und weltanschauliche Homogenität* sind Bedingungen konsensual-repräsentativer Staatlichkeit, also einer Republik... Die Religionsgeschichte beweist dies... Das Christentum hat für das deutsche Volk nach wie vor kulturelle und nationale Relevanz..."<sup>56</sup>

---

dessen Buch über "Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus" von 1923, auf das sich Schachtschneider stützt, stehen nun die folgenden, teils falschen, teils dummen, teils ungeheuerlichen Sätze: "Jede wirkliche Demokratie beruht darauf, daß nicht nur Gleiches gleich, sondern, mit unvermeidlicher Konsequenz, das Nichtgleiche nicht gleich behandelt wird. Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens - nötigenfalls - die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen...Die politische Kraft einer Demokratie zeigt sich darin, daß sie das Fremde und Ungleiche, die Homogenität Bedrohende zu beseitigen oder fernzuhalten weiß...Im übrigen muß man sagen, daß eine Demokratie - weil zur Gleichheit immer auch eine Ungleichheit gehört - einen Teil der vom Staate beherrschten Bevölkerung ausschließen kann, ohne aufzuhören, Demokratie zu sein...."(13 ff.) "...jeder erwachsene Mensch, bloß als Mensch, soll *eo ipso* jedem andern Menschen politisch gleichberechtigt sein. Das ist ein liberaler, kein demokratischer Gedanke; er setzt eine Menschheitsdemokratie an die Stelle der bisher bestehenden, auf der Vorstellung substanzieller Gleichheit und Homogenität beruhenden Demokratie...Eine absolute Menschengleichheit wäre also eine Gleichheit, die sich ohne Risiko von selbst versteht, eine Gleichheit ohne das notwendige Korrelat der Ungleichheit und infolgedessen eine begrifflich und praktisch nichtssagende, gleichgültige Gleichheit." (16 f.)

<sup>52</sup> Schachtschneider (Fn. 21), 1

<sup>53</sup> Schachtschneider (Fn. 21), 46

<sup>54</sup> Schachtschneider (Fn. 21), 49

<sup>55</sup> Schachtschneider (Fn. 21), 52

<sup>56</sup> Schachtschneider (Fn. 21), 54. Schon seit Jahren war zu befürchten, daß Herr Schachtschneider mit seiner Position philosophisch-rechtlich auf Abwege geraten und im christlich-sittlichen Staat Fichtes enden werde. Inzwischen ist er längst viel weiter abgedriftet, - in den Parteivorstand von Manfred Brunners "Bund freier Bürger".

Eine ähnliche Position bezieht Paul Kirchhof, wenn er in einem 1993 erschienenen Aufsatz für einen europäischen Staatenbund und gegen einen europäischen Bundesstaat argumentiert.<sup>57</sup>

Er setzt, wenn auch in sehr verwirrter und verwirrender Weise, bei den "Menschenrechten" an: "Die Menschenrechte bewahren [!] Individualität und Verschiedenheit." Sie "fordern in einem der elementarsten Rechte gegen staatliche Herrschaft, dem Recht, der eigenen Staatsgewalt zu entfliehen (Ausreisefreiheit), und - jedenfalls nach den Wertungen des Grundgesetzes - dem Recht, in einem anderen Staat Zuflucht zu finden (Asylrecht), die Unterscheidung von Herrschaftsbereichen";<sup>58</sup> die Menschenrechte "erweitern die Menschenrechte [?] - beginnend mit der Religionsfreiheit - zu Rechten auch einer in ihrer kulturellen Grundauffassung zusammengehörigen Gemeinschaft und entfalten diesen Grundgedanken schließlich zu einem Selbstbestimmungsrecht der Völker. Europäisches Rechtsdenken bestätigt somit im Schutz der Menschenrechte die in gemeinsamer Geschichte, Sprache und Kultur gewachsenen, im gemeinsamen Schicksal zusammengehörigen Staatsvölker und ihre [deren?] Staaten..."<sup>59</sup> Der Verfassungsstaat "wirkt als Sammelpunkt politischer und kultureller Identität"<sup>60</sup>. Entsprechend sind die Staatsgrenzen "heute Markierungen kultureller, politischer und rechtlicher *Eigenständigkeit*"<sup>61</sup>. "Die europäischen Staaten der Gegenwart...bewahren...ihre *Eigenständigkeit* in einem durch *Geburt* und *Herkunft* verwandten Staatsvolk...und der *kulturellen Gemeinsamkeit* von Sprache<sup>62</sup>, Religion, Kunst und geschichtlicher Erfahrung."<sup>63</sup> "Die Verfaßtheit des Staates in den unabänderlichen Grundsätzen...[der Artikel 1 und 20 GG]...setzt individuelle

<sup>57</sup> Paul Kirchhof, Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland, in: Josef Isensee (ed.), Europa als politische Idee und als rechtliche Form, Berlin 1993. Den Hinweis auf diesen Aufsatz verdanke ich Herrn Max Kohnstamm (Brüssel).

<sup>58</sup> Entsprechend lehnt Kirchhof auch einen Weltstaat ab, weil man dann nicht mehr einer bestimmten Staatsgewalt, die einem nicht passe, entfliehen könne.

<sup>59</sup> Kirchhof (Fn. 57), 63 f.

<sup>60</sup> Kirchhof (Fn. 57), 65 (Alle Hervorhebungen in diesem Abschnitt von mir).

<sup>61</sup> Kirchhof (Fn. 57), 65 f.

<sup>62</sup> Im "Handbuch des Staatsrechts" ([Fn. 37] 745 ff, Nr. 1) behauptet Kirchhof zunächst apodiktisch und ohne Einschränkung: "Staatsvolk und Nation entstehen und bestehen als Sprachgemeinschaft." Ich könnte akzeptieren: "Nationen entstehen und bestehen auch und besonders als Sprachgemeinschaften." Aber ein Staatsvolk? Doch Kirchhof steigert noch seine Behauptung, wobei er allerdings offen läßt, ob er von empirischer oder juridischer Konstitution spricht: "Die sprachliche Homogenität *konstituiert* [!] das deutsche Staatsvolk." (Nr. 33; meine Hervorhebungen)

<sup>63</sup> Kirchhof (Fn. 57), 79. Dazu Rolf Grawert (in: "Handbuch des Staatsrechts" [Fn. 37], 667, Nr. 8): "So problematisch alle diese Kriterien sind, wird man auf sie doch nicht verzichten können, wenn Minderheiten ein- oder ausgegrenzt werden sollen." So einfach hat es da der Jurist. "Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen" sagte Hitlers heute längst wieder hoffähiger, ja, hoffierter Kronjurist schon 1923 (siehe oben Fn. 51).

Gleichheit [?] und ein Mindestmaß [?] an *Homogenität* im Staat voraus. Demokratie baut auf eine vorrechtliche *Gleichartigkeit* [?] jedes zum Staatsvolk gehörenden Menschen...<sup>64</sup>

Sowohl Kirchhof als auch Schachtschneider haben offenbar die Vorstellung von identifizierbaren Völkern, die eine Kultur- und Schicksalsgemeinschaft, womöglich noch bei ethnischer Identität, und darüber hinaus auch noch eine politische Willensgemeinschaft bilden:<sup>65</sup> "Staaten entstehen aus dem Willen des Staatsvolkes zu einer Rechtsgemeinschaft"<sup>66</sup>. "Voraussetzung jedes Staates ist ein *Staatsvolk*."<sup>67</sup> Hier konstituiert sich also nicht eine - welche ethnische, sprachlich-kulturelle oder andere "Einheit" sonst auch immer bildende - Menge von Menschen erst im Akt der Staaterrichtung zum "Staatsvolk" und zugleich zum Staat,<sup>68</sup> sondern hier gibt es bereits vor dem Staat "das Staatsvolk". Ob die behauptete Priorität bloß eine zeitlich-empirische oder (auch) eine juristische ist, bleibt offen. Jedenfalls aber ist jetzt das Kaninchen im Hut und kann nach Belieben hervorgezaubert werden: nämlich dasjenige "identische" und "homogene" Sozialgebilde, ohne welches angeblich der (National-)Staat nicht bestehen kann. So kann Kirchhof denn auch fortfahren: "Das deutsche Volk ist auch als *Kulturgemeinschaft* vom Verfassungsgeber vorgefunden...Das in der Verfassung vorausgesetzte Staatsvolk ist auch *Gefahren- und Verantwortungs-gemeinschaft*."<sup>69</sup> Entsprechend stützt Kirchhof seine Ablehnung eines europäischen Bundesstaates auf die Behauptung, "die Entwicklung einer kulturellen Einheit in Europa [sei] ausgeschlossen"<sup>70</sup>, wobei eine solche kulturelle Einheit offenbar als für den Staat als Rechtsgemeinschaft notwendig angesehen wird.

Es lohnt sich, einen Blick auf die von Kirchhof in diesem Zusammenhang eigens zitierte<sup>71</sup> ursprüngliche Fassung der Präambel des Grundgesetzes zu werfen, derzufolge sich "das Deutsche [nicht: deutsche!] Volk" "von dem Willen beseelt, seine nationale [!] und staatliche Einheit zu wahren," eine neue Ordnung gegeben hat. Gegen die staatsrechtliche *Fiktion*, daß sich eine bestimmte Menge von Menschen durch seine (gewählten) Repräsentanten eine Verfassung gegeben und sich damit zur Willenseinheit eines Staates vereinigt hat, ist gar nichts einzuwenden; sie ist ja ein

---

<sup>64</sup> Kirchhof (Fn. 37), 811, Nr. 83.

<sup>65</sup> Eine historische und ideologiekritische Analyse und vernichtende Kritik dieser Vorstellung bei: Eric J. Hobsbawm, *Nationen und Nationalismus. Mythos und Realität seit 1780*, Frankfurt am Main 1991.

<sup>66</sup> Kirchhof, *Europäische Einigung*, 69.

<sup>67</sup> Kirchhof (Fn. 37), 798, Nr. 56; meine Hervorhebung)

<sup>68</sup> Vgl. Kant, MdS RL § 47; AA VI 315: "Volk als Staat".

<sup>69</sup> Kirchhof (Fn. 37), 799, Nr. 57/58; meine Hervorhebungen.

<sup>70</sup> Kirchhof (Fn. 57), 71.

<sup>71</sup> Kirchhof (Fn. 57), 79.

wesentliches Element in der neuzeitlichen Legitimation staatlicher Herrschaftsausübung. An die Stelle der heuristisch-legitimierenden *Idee* einer *de iure* zur Einheit eines vernünftigerweise allen gemeinsamen Willens (*volonté générale*) vereinigt *gedachten* Menge von Menschen tritt aber in der staatsrechtlichen und politischen Diskussion notorisch die angebliche *Realität* eines *de facto* zur Einheit eines allen tatsächlich gemeinsamen, empirischen Willens Aller (*volonté de tous*) vereinigten Volkes als eines kollektiven Willenssubjekts, - "das deutsche Volk" als Bewußtseins- und Willensgemeinschaft. Nun, wer die westdeutsche Bevölkerung zur Zeit der Grundgesetzberatungen erlebt hat, weiß, daß sie damals von etwas ganz Anderem "beseelt" war als von dem in der Präambel unterstellten Willen. Auch hat sie selbst bekanntlich nie ihren empirischen Willen zur Verfassung artikulieren können; und im Land der Bayern-Deutschen haben nicht einmal deren Repräsentanten das Grundgesetz je formaliter ratifiziert. Ob und wie man sich schließlich bezüglich der neuen Verfassung des vereinigten Deutschlands, die ja auch wieder nicht dem Volk selber zur Bekundung eines eigenen Willens vorgelegt wurde, auch die Millionen von Ostdeutschen als von dem Willen des "Deutschen Volkes" beseelte vorzustellen hat, ist unerfindlich, aber auch gar nicht nötig, da laut Präambel des Grundgesetzes "das Deutsche Volk" 1949 "in substantieller ‚metaphysischer Verbundenheit“<sup>72</sup> "auch für jene Deutschen gehandelt [hat], denen mitzuwirken versagt war". Die empirische Fassung der Formel "das Deutsche Volk als Staatsvolk" ist nichts anderes als die Zauberformel für die Verteidigung des Nationalstaates.

Schachtschneider und Kirchhof arbeiten im Grunde mit einer anachronistischen und pervertierenden Übertragung der Polis-Idee auf den sogenannten Nationalstaat; - Kirchhof unter Berufung auf Aristoteles, Augustinus, Thomas von Aquin, Montesquieu, Herder, Hegel, Bluntschli und Rotteck/Welcker. Diese Übertragung ist nicht nur wegen der immens vergrößerten Dimensionen und der völlig anderen Lebens- und Kulturbedingungen innerhalb der modernen Zivilisation unstatthaft, sondern - besonders im Fall Schachtschneiders - auch und vor allem wegen der mit dem griechischen Polisgedanken ganz inkompatiblen neuzeitlichen Vorstellung vom Staat als Rechtsgemeinschaft von individuellen Rechtssubjekten.

Zumindest Schachtschneider hätte doch bei seiner permanenten Berufung auf Kant irgendwann bemerken müssen, daß in dessen Staatsdenken das Volk als Kulturgemeinschaft oder gar als Polismetateinschaft nicht nur nirgendwo auftaucht, sondern auch gar nicht auftauchen kann.

Kirchhof dagegen scheint eben dies geahnt zu haben. Dementsprechend ist Kant, jedenfalls in dieser Angelegenheit, für ihn durchaus keine gute Adresse. Kirchhof zählt ihn - neben Fichte<sup>73</sup> und Marx [!] - zur "Bewegung der Internationale" [!], und von deren Verhältnis zur Idee des Nationalstaates sagt er - abermals ein wenig verwirrt und

---

<sup>72</sup> Grawert in: Handbuch des Staatsrechts (Fn. 37), 666, Nr. 6 unter Bezugnahme auf Tönnies.

<sup>73</sup> Kirchhof ahnt gar nicht, wie sehr ihm Fichte ins Konzept gepaßt hätte. Siehe dazu: Georg Geismann, Fichtes "Aufhebung" des Rechtsstaates (Fn. 15), 86-117.



verwirrend - : "Die Idee des Nationalstaates, die staatliche Herrschaft und seine [?] Repräsentanten für [?] das Staatsvolk, seine [?] Kultur und das ihm [?] gehörende Gebiet in Verantwortung nimmt [?], ist in unserem Jahrhundert wesentlich durch eine ideologische Anfeindung und ideologische Verfremdung geschwächt worden, die seinem [?] zutreffenden Grundgedanken nicht gerecht werden. Die [anfeindende] Bewegung der Internationale huldigt der Utopie<sup>74</sup> einer weltumspannenden Herrschaft, in der sich die Unterscheidung nach Staatsbürgerschaften und demnach [!] die Staaten auflösen, die sich damit aber auch der kulturellen Bindungen und regionaler Verwurzelung entledigt, ihre konkrete und überschaubare Verfaßtheit verliert und in der selbst das elementarste Individualrecht, die Freiheit auszuwandern und in einem anderen Staat Asyl zu suchen, seine Anwendungsvoraussetzungen einbüßt."<sup>75</sup>

Die empirische Rede von der "Einheit"-stiftenden "deutschen" "Identität", "Homogenität", Sprach-, Kultur-, Religions-"Gemeinschaft" etc. läßt allzu oft und geflissentlich außeracht bzw. unerwähnt, daß zum einen häufig sie selbst allererst das Phänomen, von dem sie beschwörend spricht, in die Welt setzt und daß zum anderen eben dadurch zugleich jene Phobien gegen Fremdes, Andersartiges, angeblich "Heterogenes"<sup>76</sup> geweckt oder zumindest verstärkt werden, deren Erscheinung dann wieder den eigenen Ruf nach "Homogenisierung" zu rechtfertigen scheinen. Umgekehrt gilt, daß die soziale Explosivkraft von "Heterogenität" in dem Maße sinkt, in welchem diese als etwas Selbstverständliches und "an sich" ganz Harmloses vorgestellt und täglich erfahren wird.

Selbstverständlich läßt sich die (psychisch-soziale) Existenz von Wir-Gefühlen, also von Kollektiv-Gefühlen, von "National-Gefühl" etwa in der Form von Nationalstolz, nicht leugnen. Es ist ja nicht zu übersehen, daß viele Menschen ein - wie immer bedingtes - Bedürfnis nach "Identifikation" mit irgendwelchen sozialen Phänomenen (Partei, Kirche, Volk etc.) und deren Symbolen (Abzeichen, Feiertage, Fahnen, Hymnen etc.; vor allem aber Idole und deren spezifische "Leistungen") haben. Mit Theodor Geiger behaupte ich aber zugleich, daß ein Kollektiv wie die Nation, auf die sich das Nationalgefühl als seinen Gegenstand und Inhalt angeblich richtet, zunächst nichts anderes ist als eine Projektion eben des Gefühls selbst. Und im Unterschied zum Wir-Gefühl der Sympathie, welches sogenannte Gruppen erster Ordnung (Familie, Freundeskreis, Kollegium etc.) vereint, hat das Kollektivgefühl, welches sich auf Gruppen zweiter Ordnung (wie eben neuzeitlich besonders die sogenannte Nation) richtet, mit zwischenmenschlicher Neigung nichts zu tun; es ist vielmehr Vereinigung "im Zeichen des Wertpathos" und "Ausgeburd einer Ideologie"; natürlich oft mit großer

---

<sup>74</sup> Zur Frage, wie es sich mit dieser "Utopie" im Falle Kants wirklich verhält, siehe: Georg Geismann, Kants Rechtslehre vom Weltfrieden; in: Zeitschrift für philosophische Forschung, 37 (1983), 363-388.

<sup>75</sup> Kirchhof (Fn. 57), 79 f.

<sup>76</sup> Vgl. hierzu Fn. 51.

gesellschaftlich-politischer Wirkung.<sup>77</sup> Kurz: der (jeweilige) Gegenstand der "nationalen Identität" existiert nur im Kopf des Sich-Identifizierenden. Dieser stellt die Identität und mit ihr den Gegenstand allererst her und sucht sich dafür die jeweils (für die Bedürfnisse seiner Persönlichkeit, für sein politisch-moralisches Weltbild oder für was immer) brauchbaren Versatzstücke aus der geschichtlichen Wirklichkeit und manchmal auch aus dem Ideenhimmel zusammen.<sup>78</sup> Dementsprechend ist das "Nationalgefühl" individuell verschieden, regelmäßig diffus und sogar beliebig, daher aber auch veränderbar und in politisch gefährlicher Weise manipulierbar.

Kann man sich im Sinne von Schachtschneider und Kirchhof eine "homogenere" Gesellschaft als die deutsche der Zwanziger Jahre vorstellen: eine Gemeinschaft gleicher Sprache, gleicher Erziehung, gleicher Kultur, gleicher Religion, gleicher Geschichte, gleichen "Schicksals", etc. etc. Und doch sind in ihr und durch sie - außer dem millionenfach "ausgemerzten" "Heterogenen" - auch Tausende "homogener" Mitglieder ermordet worden! Was war objektiv an den völlig assimilierten ("homogenisierten") Juden "heterogen"? Was war an den deutschen Schriftstellern, deren Bücher verbrannt und verboten wurden, und an den deutschen Malern, deren Bilder als entartet "ausgeschieden" wurden, "heterogen"? Gerade sie waren doch integraler und substantieller Bestandteil dessen, was die nationalen Ideologen so vollmundig "Kulturgemeinschaft" zu nennen und ins Feld zu führen pflegen. Und "objektiv" wird man auch im gegenwärtigen Nordirland, Jugoslawien, Ruanda eher "Homogenität" als "Heterogenität", vielleicht sogar mehr als in der Schweiz oder in Belgien oder in den USA, entdecken. Das gilt vielfach nicht bloß in Bezug auf Sprache, Kultur, Religion, sondern sogar auf die für das Auftreten gesellschaftlicher Spannungen oft entscheidende ökonomische und soziale Lage.

Es fragt sich, ob die Begriffe "Homogenität" und "Heterogenität" für die Erklärung sozialer Phänomene überhaupt von Nutzen sind und nicht bloß in zirkelhafte Leere führen, indem zum Beispiel mit der angeblichen "Heterogenität" eines Sachverhalts (etwa konfessioneller Mischung) das Auftreten eines Konflikts erklärt wird und dessen Auftreten als Beweis für das Vorliegen von "Heterogenität" gewertet wird. Wäre kein Konflikt aufgetreten, dann hätte angeblich "Homogenität" vorgelegen, die solch ein Auftreten "bekanntlich" verhindert. Nach diesem leerlaufenden Denkschema ist die nordirische Gesellschaft in "religiöser" Hinsicht "heterogen", weil "konfessionell gespalten", die deutsche dagegen "homogen", weil "christlich".

Wenn man zwischen *objektiver* und *subjektiver* gesellschaftlicher "*Homogenität*" (einschließlich der korrespondierenden "Heterogenität")) unterscheidet, sieht das von den Befürwortern des Nationalstaates gezeichnete Bild ganz anders aus. "Homogenität" in objektiver Bedeutung bezieht sich auf soziale Sachverhalte, welche vom Bewußtsein

---

<sup>77</sup> Siehe hierzu: Theodor Geiger, *Demokratie ohne Dogma. Die Gesellschaft zwischen Pathos und Nüchternheit*, München 1963; besonders S. 113 ff.: Gefühlsgemeinschaft auf Abwegen. Ferner Hobsbawm, *Nationen und Nationalismus*.

<sup>78</sup> Ein typisches Beispiel auf extrem rechter Seite, zugleich auch für konfuse und abstruse "Gemeinschaftsfühlerei" (Geiger), liefert neuerlich Michael Wolffsohn, *Um einen deutschen Nationalismus von innen bittend*, in: Ders., *Verwirrtes Deutschland?*, München 1993, 153 ff.

der Mitglieder einer Gesellschaft unabhängig existieren: Armut, Reichtum, Arbeitslosigkeit, Hungersnot, technische und wirtschaftliche Entwicklung, Bevölkerungsdichte, Sprache, Kulturgegebenheiten etc. "Homogenität" in subjektiver Bedeutung dagegen bezieht sich auf das im Bewußtsein der Gesellschaftsmitglieder jeweils Gegebene. Dazu wiederum gehören auch die Auffassungen über gesellschaftliche "Homogenität", sei diese objektiv gegeben oder nicht. Und die Existenz solcher Auffassungen spielt ihrerseits selber eine wichtige Rolle im Rahmen *objektiver* "Homogenität", insofern auch und gerade das Bewußtsein der Menschen ein entscheidender verhaltensbestimmender Seinsbestand ist. Eben deswegen müssen Ideologen und deren Produkte, die Ideologien, ernst genommen werden, selbst wenn diese "objektiv" völlig unsinnig sind.

Es mag gute *empirische* Gründen für die Ansicht geben, daß eine mehr oder weniger einheitliche Kulturgrundlage (einschließlich möglicher religiöser oder konfessioneller Momente) für den gesellschaftlichen Zusammenhalt, für das Kulturniveau oder für den politischen Grundkonsens förderlich sei. Aber daraus erwächst mitnichten ein Recht auf entsprechende Freiheitseinschränkung; denn eine aus der äußeren Willkür als solcher sich ergebende Vernunftnotwendigkeit, sich "deutsche Identität" und "Homogenität" zum Zweck zu machen und sich einer diesen allgemeinen Zweck angeblich gewährleistenden Herrschaftsordnung zu unterwerfen, besteht nicht. Innerhalb der Grenzen der Rechtssicherungsordnung haben Gruppen *jedweder* Qualität und Quantität, also Mehrheiten und Minderheiten jeder beliebigen Art, das Recht, sich nach rassistischen, sprachlichen, kulturellen, geschichtlichen, religiösen Gesichtspunkten - und welchen anderen Gesichtspunkten auch immer - zu vereinigen und ihre sogenannte Eigenart nach ihrem beliebigen Gutdünken zu gestalten und zu entwickeln.<sup>79</sup> Der Staat hat zunächst bloß die Aufgabe, das Recht auf gesetzliche äußere Freiheit zu sichern. Sicherung von Kultur, Religion, Rasse und beliebigen anderen empirischen Gegebenheiten geht ihn unmittelbar nichts an; wenn er aber subsidiär dennoch schützend und fördernd auftritt, dann hat er es gleichermaßen für alle und nicht etwa nur für eine Mehrheit (oder gar eine bestimmte Minderheit) zu tun.<sup>80</sup> Der Rechtsschutz jeweils vorhandener ethnisch-kultureller Vielfalt ist nicht nur

---

<sup>79</sup> Bei Kirchhof (Fn. 37) Nr. 37 hingegen heißt es: "Für Sprachminderheiten stellt sich die Frage, ob ein Menschenrecht auf Erhaltung und Verwendung der Muttersprache jedem gestattet, die in seiner Sprache gewachsene »geistige Energie**Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**glicht alle Staatsangehörigen erreicht, in einer gemeinsamen Sichtweise verbindet und als Handlungsgemeinschaft eint, die Sprachgemeinschaft jedoch für sprachliche Individualität offen bleibt." Nun, das wird einem von der italienischen bzw. französischen Nation schwärmenden Zentralisten mit Bezug auf Südtirol bzw. das Elsaß recht sympathisch klingen.

<sup>80</sup> So entbehrte z.B. die Forderung an die Juden im Deutschen Kaiserreich, sich dem Deutschtum zu assimilieren, um dadurch allererst gleichberechtigte Staatsbürger zu werden, jeder rechtlichen Grundlage. Dazu: Georg Geismann, Der Berliner Antisemitismusstreit und die Abdankung der rechtlich-praktischen Vernunft; in: Kant-Studien, 83 (1993), 377 f. - Mehr als 100 Jahre später und nach der Erfahrung mit dem NS-Staat ist es schon merkwürdig,

ein Gebot politischer Klugheit (wie die Förderung solcher Vielfalt eine Forderung vorausschauender, an den Bedingungen möglicher Kulturentwicklung orientierter "Kulturpolitik" ist), sondern jener Rechtsschutz und - soweit der Staat subsidiär auftritt - auch die Gleichmäßigkeit jener Förderung sind Rechtspflicht des Staates, von deren Erfüllung seine Legitimität abhängt. Wo immer ein Staat einer wie immer gearteten Minderheit oder Mehrheit ihrer wie immer gearteten Eigenart, soweit sie mit allgemeiner Freiheitsgesetzlichkeit vereinbar ist [!], den Rechtsschutz bzw. die Gleichheit der Förderung verweigert, handelt er insoweit illegitim und tut Unrecht.

Selbstverständlich hat ein Staat das Recht und die Pflicht, die als Folge von Einwanderung und Einbürgerung sich möglicherweise ergebenden objektiven Gefahren für die Rechtssicherungsordnung abzuwehren. Was allerdings die Angst vor "Heterogenisierung" und "Überfremdung" betrifft, so wird nach meinem Dafürhalten die Assimilationskraft der deutschen "Wirtschafts- und Kultur-Gemeinschaft" regelmäßig stark unterschätzt.<sup>81</sup>

In Bezug auf die Idee eines europäischen Staates scheinen sich deren Gegner immer nur einen zentralistisch organisierten Staat vorzustellen, der nichts als gesellschaftliche Egalisierung in jeder Hinsicht betreibt. Nun haben gerade die Deutschen die besten Erfahrungen mit einem Bundesstaat, den sich vorzustellen oder gar zu wünschen noch vor 150 Jahren etwa für manchen Bayern schwierig gewesen sein dürfte. Wenn seitdem manches an "bayerischer Art" verloren gegangen sein mag, so ist der Grund dafür gewiß nicht darin zu suchen, daß der "bayerische" ("National"-)Staat im "deutschen" ("National"-)Staat "aufgehoben" wurde. In ähnlicher Weise kann man sich auch die Entwicklung zu einem europäischen Bundesstaat vorstellen.

"Europa" wäre eine einzige Rechtsgemeinschaft mit einer einheitlichen Verfassung und den entsprechenden staatlichen Organen. Die gegenwärtigen Einzelstaaten würden zu "autonomen Regionen" der Föderation und spielten darin im Prinzip die gleiche Rolle wie jetzt in Deutschland die Länder. Das Maß an "Selbstverwaltung" in den "neuen Ländern" mit eigenen "Hoheitsrechten" könnte dabei durchaus erheblich höher sein, als es gegenwärtig in Deutschland der Fall ist, so daß die Funktionen des Bundes im wesentlichen darauf beschränkt wären, innerhalb seines Herrschaftsbereiches Rechtssicherheit zu garantieren und die (ökonomischen,

---

wenn Grawert im "Handbuch des Staatsrechts" ([Fn. 37] 679, Nr.34) in Bezug auf die von den sog. Nürnberger Gesetzen eingeführte "diskriminierende Unterscheidung zwischen der Staatsangehörigkeit als bloßem Passivstatus und der Reichsbürgerschaft der allein aktivberechtigten Staatsangehörigen »Deutschen oder artverwandten Blutes« ganz harmlos feststellt, sie sei "überholt"; - als wäre von einer techni\_schen Entwicklung oder einer Modeerscheinung die Rede und nicht von etwas, das schon bei seiner Einführung schlechter\_dings und für jeden in der Tradition des neuzeitlichen Rechts\_»enkens Stehenden erkennbar "überholt", nämlich *rechtswidrig* war.

<sup>81</sup> Ein besonderes Kennzeichen gerade der "deutschen" Kultur ist doch zum einen die große Kraft, Fremdes aufzunehmen und zu Eigenem umzuformen, und zum anderen ihre ungewöhnliche Vielfalt, ihr Reichtum an sehr verschiedenartigen Schöpfungen, kurz: ihre "Heterogenität".

sozialen, "kulturellen") Rahmenbedingungen für die "Politiken" der Länder zu setzen und gegenüber dem "Rest der Welt" Außen- und Sicherheitspolitik zu betreiben. Anzunehmen, daß es in einem solchen europäischen Staat wegen angeblicher "Heterogenität" die Deutschen mit den Franzosen oder Engländern oder Italienern notwendig schwerer haben werden als ehemals (und zuweilen noch immer) die Preußen mit den Bayern, erfordert die Glaubenskraft von Ideologen.

## Summary

The concept of Right (Recht) is crucial to a discussion of any innate human right, the state, and public justice. The article makes the following three claims: 1) any attempt to define the concept "Right" by orienting it towards human ends of whatever nature, is doomed from the beginning; 2) adopting such a concept of Right foils any effort to determine the appropriate juridical limits of state activity; 3) material justice, or justice related to possible human ends, if understood morally as relating to internal freedom is distinct from the notion of Right in the strict sense and cannot possibly be attained by human kind anyway. Material justice understood juridically as relating to external freedom is unavoidably and insolvably self-contradictory. Moreover, the futile attempt to attain material justice will thwart the realization of formal justice, which indeed can be attained by humankind.

The article first develops and justifies these three tightly knit statements. Reflecting on the more recent German scholarly literature, it then attempts to show how easy it is to fall astray from the path of Right – humanity's pristine path on earth – by conceiving the concept in terms of human ends.